

PROCESSO - A. I. N° 140780.0002/15-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PRONTU INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - PRONTU INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF n° 0195-03/17
ORIGEM - INFAS SANTO ANTONIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/09/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0173-12/20-VD

EMENTA: ICMS. DESENVOLVE. **a)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. Não é difícil constatar que os argumentos e todos os CFOP citados, não encontram-se passíveis de serem aproveitados no cálculo de forma a beneficiar operações que não dizem respeito ao objetivo do benefício fiscal. O Relator *a quo*, percebeu que havia parcelas do ICMS que implicava em superposição do lançamento com a infração 3 e retirou nestes casos de duplicidade. Infração 1 procedente em parte. Modificada a Decisão recorrida. **b)** DESENCONTRO ENTRE OS VALORES DO IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. As correções foram devidamente efetuadas pelo Relator, que excluiu imposto lançado, diga- se de passagem, por indução a erro do próprio Recorrente, que entregou apuração da EFD com graves erros, no que foi corrigido o lançamento por este Conselho. No entanto, o Relator *a quo*, retirou do lançamento o mês de agosto de 2011, em virtude de tal diferença encontrar-se embutida no lançamento do mesmo mês do item 3, mas como tal mês, no Recurso Voluntário, foi excluído do lançamento, por ter sido o pagamento em atraso, ocorrido ainda dentro do período estabelecido em lei posterior (último dia útil do mês do vencimento), restauro o lançamento do mês de agosto de 2011, modificando assim, a decisão recorrida, razão pela restabeleço este mês no lançamento. Infração 2 procedente em parte. Modificada a Decisão recorrida. **c)** FALTA DE RECOLHIMENTO, NA DATA REGULAMENTAR DA PARCELA NÃO SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador certo, mas é certo que apenas quanto ao mês de agosto de 2011, o pagamento ocorreu em 23/09/2011, ainda dentro do período estabelecido até o último dia útil do mês, conforme o demonstrativo de fl. 06. Nos demais meses, os pagamentos ocorreram com longo atraso, e superior ao último dia útil do mês do vencimento. Aplicada retroatividade benigna da legislação do DESENVOLVE. Assim posto, acata-se a exclusão do lançamento do mês de agosto de 2011, mantendo os demais. Infração 03 parcialmente procedente. Modificada a Decisão recorrida. Negada preliminar de nulidade. Recursos **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão

não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente, de Recurso de Ofício e Voluntário, decorrente de decisão em Primeira Instância neste Conselho de Fazenda que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração da presente lide, lavrado em 29/12/2015, referente ao lançamento de ICMS no valor de R\$2.134.448,75, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 03.08.04 – Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Ocorrida nos meses de jan, jun, jul, out e dez/2011; jul a dez/2012; jan, fev, mai e dez/2013. No valor de R\$ 58.674,89;

Infração 02 - 03.01.01 – Recolheu a menor o ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valore(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Ocorrida nos meses de ago/2011; fev a jun/2012; jan a nov/2013. No valor de R\$ 651.928,22;

Infração 03 - 03.08.03 – Recolheu a menor o ICMS em razão em razão de falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Ocorrida nos meses de ago, set e nov/2011; jan a dez/2012; jan e mai/2013. No valor de R\$ 1.423.845,64.

Após a impugnação inicial, e a informação fiscal, a Junta acatou a Procedência Parcial do lançamento, com decisão unânime, com fundamento no voto abaixo transrito, em resumo, após recusar o pedido de nulidade do lançamento:

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Inicialmente analisando as arguições de nulidade, que estão fundadas na alegação de que houve bitributação, pois entendeu a Impugnante que se a infração 03 tem por base a suspensão do benefício do Programa Desenvolve, não poderia o Autuante exigir qualquer parcela vinculada ao Programa Desenvolve no mesmo mês, sob pena de incorrer em bitributação.

Relembro, foram imputadas à autuada o cometimento de 03 (três) infrações, sendo que: A primeira foi relativa ao recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na determinação da parcela sujeita a dilação de prazo do DESENVOLVE, pois apurou o Autuante que a Impugnante calculou a parcela do ICMS passível de dilação em valor superior ao permitido pelo regulamento do PROGRAMA DESENVOLVE, resultando em prejuízo ao erário porque com este procedimento recolheu em valor menor o ICMS não albergado pelo respectivo benefício, conforme se deduz da planilha às fls. 06, 19 e 57 e demonstração constante das colunas sob o título “SALDO DEVEDOR PASSÍVEL DE INCENTIVO PELO DESENVOLVE – SDPI”.

A segunda infração, segundo se infere dos autos, refere-se ao recolhimento a menos de ICMS em razão de desencontro entre o valor do imposto escriturado decorrente da apuração do imposto não passível de dilação e o valor efetivamente recolhido.

Verifiquei que em alguns meses em que o valor dilatável foi apurado pela Impugnante se manteve dentro dos limites permitidos pela legislação resultando na correta apuração e escrituração do ICMS não dilatável a recolher (ficando afastados, portanto, da infração 01), este recolhimento, segundo demonstrado na planilha do auditor, se deu em valor menor que o escriturado, conforme se deduz da planilha às fls. 06, 19 e 57.

E a terceira infração pautou-se na perda do benefício do programa DESENVOLVE no mês em que houve pagamento da parcela não sujeita a dilação após o vencimento.

Sendo assim, discordo com os argumentos defensivos quando pugna pela nulidade das infrações 01 e 02 nos meses em que foram suspensos os efeitos do benefício de dilação de prazo previsto pelo Programa Desenvolve, de forma que voto pela improcedência das infrações 01 e 02 nos meses em que coincidem com as exações da infração 03, conforme discriminado abaixo:

INFRAÇÃO 01	VALOR	INFRAÇÃO 02	VALOR
jul-12	5.998,68	ago-11	1.132,97
ago-12	4.441,09	fev-12	87.934,83

<i>set-12</i>	4.238,78	<i>mar-12</i>	39.146,03
<i>nov-12</i>	1.517,33	<i>abr-12</i>	86.897,85
<i>dez-12</i>	2.156,78	<i>mai-12</i>	89.748,46
<i>jan-13</i>	1.111,64	<i>jun-12</i>	89.049,16
<i>mai-13</i>	38,17	<i>jan-13</i>	15.144,85
TOTAL	19.502,47	mai-13	273,16
			TOTAL
			409.327,31

Adentrando ao mérito, com relação a infração 01 verifiquei que a alegação da defesa foi de que o auditor deixou de considerar no levantamento os CFOPs que estariam incluídos no DESENVOLVE. Apurei que os CFOPs reivindicados pela defesa como excluídos do levantamento fiscal na infração 01 foram: 1.102 - Compra para comercialização; 1.353 - Aquisição de serviço de transporte por estabelecimento comercial; 1.910 - Entrada de bonificação, doação ou brinde; 1.949 - Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada; 2.353 - Aquisição de serviço de transporte por estabelecimento comercial; 2.910 - Entrada de bonificação, doação ou brinde; 2.949 - Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificado; 5.910 - Remessa em bonificação, doação ou brinde; 5.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado; 5.556 - Devolução de compra de material de uso ou consumo.

Sendo assim, concluo que a alegação da defesa não subsiste, pois os citados CFOPs, conforme discriminado acima, não são passíveis de inclusão na parcela dilatável do Programa Desenvolve, tendo em vista não representarem operações de aquisição ou venda relacionado a produção da Impugnante, de forma que resta também insubstancial a planilha apresentada pela defesa em que afirma ter refeito os cálculos após haver incluído tais CFOPs.

Afasto também a alegação quanto a desconsideração pelo Autuante relativo aos créditos que a autuada aponta constar do próprio levantamento fiscal no valor de R\$6.374,56, mas que não foi objeto de compensação nos cálculos do Autuante, pois o referido crédito não é passível de apropriação no escopo do levantamento fiscal, devendo a Impugnante, se for o caso, requere-lo através de procedimento administrativo próprio de repetição de indébito, na forma do Art. 73 e seguintes do RPAF.

Destarte, voto pela procedência parcial da infração 01, devendo ser desconsiderada as parcelas relativas aos meses e seus respectivos valores conforme planilha a seguir, conforme verificado na análise da preliminar de nulidade, tendo em vista terem sido absorvidos pelos efeitos da acusação da infração 03:

INFRAÇÃO 01

Data Ocorr	Valor Histórico
<i>jul-12</i>	5.998,68
<i>ago-12</i>	4.441,09
<i>set-12</i>	4.238,78
<i>nov-12</i>	1.517,33
<i>dez-12</i>	2.156,78
<i>jan-13</i>	1.111,64
<i>mai-13</i>	38,17
TOTAL	19.502,47

De modo que a infração 01 fica reduzida de R\$ 58.674,89 para R\$ 39.172,42 devendo o respectivo demonstrativo do débito figurar da seguinte forma:

INFRAÇÃO 01

Data Ocorr	Valor Histórico
31/01/11	370,42
30/06/11	8.283,32
31/07/11	14.696,40
31/10/11	381,93
31/12/11	7.431,49
28/02/13	1.795,44
31/12/13	6.213,42
TOTAL	39.172,42

Com relação à infração 2, que se refere a recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado, verifico que mais uma vez foi exigida em meses em que foi desconsiderado os benefícios do Programa Desenvolve em vista da infração 03, de forma que esta exação deve ser desconsiderada quanto aos meses discriminados na tabela a seguir:

INFRAÇÃO 02	VALOR
<i>ago-11</i>	1.132,97
<i>fev-12</i>	87.934,83
<i>mar-12</i>	39.146,03
<i>abr-12</i>	86.897,85

mai-12	89.748,46
jun-12	89.049,16
jan-13	15.144,85
mai-13	273,16
TOTAL	409.327,31

Com relação aos valores remanescentes da infração 02 verifiquei que conforme alega a Impugnante, os valores remanescentes autuados, conforme planilha a seguir, foram objeto de recolhimento em valores que coincidem com os informados na DMA, com exceção dos valores referentes aos meses relativos ao período de apuração dos meses de jun/13 no valor de R\$108.035,76 e jul/13 no valor de R\$ 132.460,71, os quais verifiquei tratar-se de erro de escrituração na EFD, pois na escrituração, por lapso, a Impugnante deixou de considerar e abater na apuração do ICMS a recolher a parcela do ICMS dilatável por conta do Programa Desenvolve.

INFRAÇÃO 02

Data Ocorr	Data Venc	Valor Histórico
28/02/13	09/03/13	983,91
31/03/13	09/04/13	111,74
30/04/13	09/05/13	397,06
30/06/13	09/07/13	108.035,76
31/07/13	09/08/13	132.460,71
30/09/13	09/10/13	598,08
31/10/13	09/11/13	4,24
30/11/13	09/12/13	9,41
TOTAL		242.600,91

Constatando, todavia, que a defesa não justificou as diferenças apuradas entre os valores escriturados na EFD e o efetivo recolhimento nos meses de fevereiro a abril de 2013 e setembro a novembro/2013, a despeito dos valores recolhidos coincidirem com os informados nas respectivas DMAs.

Desta forma, voto pela procedência parcial da infração 02 relativos aos meses de fevereiro a abril de 2013 e setembro a novembro/2013, que totalizam R\$ 2.104,44, conforme demonstrativo a seguir:

INFRAÇÃO 02 - final

Data Ocorr	Data Venc	Valor Histórico
28/02/13	09/03/13	983,91
31/03/13	09/04/13	111,74
30/04/13	09/05/13	397,06
30/09/13	09/10/13	598,08
31/10/13	09/11/13	4,24
30/11/13	09/12/13	9,41
TOTAL		2.104,44

Com relação a afirmativa da defesa de que a autuada pagou a mais o correspondente a R\$37.968,97, e que por isso faz jus a um CRÉDITO, informo que caso a Impugnante deseje poderá requerer o direito a este crédito através do procedimento administrativo próprio, conforme Art. 173 e seguintes do RPAF.

Quanto a infração 03, que versa sobre o procedimento fiscal de desconsiderar o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa Desenvolve, em razão da falta de recolhimento da parcela não sujeita a dilação no prazo regulamentar, conforme estabelece o Art. 18 do Dec. 8.205/2002, entendo tratar-se de mandamento expedido pelo executivo estadual com espeque na Lei 7980/2001, que institui o programa do DESENVOLVE, e que em vista disso o procedimento do Autuante está absolutamente correto, conforme norma regulamentar que reproduzo a seguir:

Dec. 8.205/2002

Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

Afasto também a alegação de que houve usurpação de competência do CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE pelo Autuante, pois a conduta deste se mostrou atrelada às normas constantes da Lei 7980/2001, que institui o programa do DESENVOLVE e do Dec. 8.205/2002 que o regulamentou.

Outrossim, não cabe a este tribunal administrativo examinar arguições jurídicas quanto a validade de norma expedida pelo executivo estadual, nem argumentações de cunho constitucional, como as considerações feitas pela defesa acerca do valor da multa aplicada. Sendo assim, considerando não haver questionamentos de ordem material quando ao levantamento em questão, pois não verifiquei nenhuma contestação quanto ao valor apurado, voto pela subsistência da infração 03.

Destarte, voto pela procedência parcial deste auto de infração resultando na redução da infração 01 de R\$

58.674,89 para R\$ 39.172,42; da infração 02 de R\$ 651.928,22 para R\$ 2.104,44; e pela manutenção integral da infração 03 no valor de R\$1.423.845,64. Resultando que o valor total a ser mantido o presente voto deverá ser reduzido de R\$ 2.134.448,75 para R\$ 1.465.122,50.

Quanto ao pedido da defesa de que o signatário seja intimado pessoalmente por e-mail, acerca da sessão de julgamento o qual de logo manifesta interesse na sustentação oral, ficando de logo registrado o e-mail walterney@cardosoevita.adv.br, sob pena de nulidade. Esclareço que o art. 108 do RPAF, estabelece que a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, do que se depreende que o não atendimento do pleito em questão não resultaria em nulidade da intimação.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Inconformado, com o acolhimento parcial do lançamento, o contribuinte, tempestivamente apresentou Recurso Voluntário nos seguintes termos - pede pela revisão da primeira infração, pois com as devidas vêrias, obrou em equívoco ao caracterizar os CFOPs 1910, 1949, 2910, 2949, 5910, 5949 como “não passíveis de inclusão na parcela dilatável do Programa Desenvolve”.

Que na primeira infração, a Junta de Julgamento Fiscal, com a devida licença, foi induzida em erro, por não pleitear uma revisão fiscal por preposto diverso, para que pudesse certificar-se da natureza das operações efetivamente concretizadas nos DANFE, concernente às referidas CFOP. A título de exemplo, a CFOP 5.910 refere-se a “*Remessa em bonificação, doação ou brinde*”. No que pertine à remessa em bonificação obviamente que a mesma é passível de inclusão na parcela dilatável do Programa Desenvolve, comprovando-se as operações através dos DANFE em anexo, juntados por amostragem, tendo em vista que possuem um elevadíssimo contingente, o que poderia gerar entraves nos presentes autos.

Que é altamente plausível que se proceda a uma revisão fiscal por preposto diverso, a fim de que seja efetivado um levantamento coerente, através do qual, inofismavelmente, se alcançará a verdade real necessária à elucidação dos fatos, sendo a verdade real um requisito essencial no processo administrativo fiscal.

No que pertine à infração 02, alega que houve uma redução na ordem de 99,6772%, após comprovadas as alegações da recorrente, reduzindo a infração de R\$651.928,22 para R\$2.104,44.

Entretanto, a recorrente comprovou, contraditando dos levantamentos do próprio auditor, que ao invés de um débito na ordem de R\$651.928,22, a mesma fazia jus a um crédito no valor correspondente a R\$37.968,97, que deseja ver compensado com os supostos débitos lançados contra a mesma no presente auto, caso de fato algum débito persista, o que se aduz unicamente no campo das hipóteses, por amor ao debate.

No entanto tal pleito foi negado, nos seguintes moldes:

Com relação a afirmativa da defesa de que a autuada pagou a mais o correspondente a R\$37.968,97, e que por isso faz jus a um CRÉDITO, informo que caso a Impugnante deseje poderá requerer o direito a este crédito através do procedimento administrativo próprio, conforme Art. 173 e seguintes do RPAF.

Entende a recorrente que o direito de uso do crédito é um direito potestativo que lhe assiste, de modo, que restando o mesmo clarividente, há que se considerar sua vontade de utilização do crédito para os fins que pretender, inclusive o de que se proceda à compensação com eventuais débitos porventura decorrentes do presente auto de infração.

Quanto à infração 3, pede revisão por preposto diverso do autuante (perícia fiscal); ilegalidade da exclusão de parcelas do programa DESENVOLVE; total improcedência das infrações impugnadas/nulidade no auto de infração etc. Deste modo, violado o direito da autuada e de seu causídico, imperiosa a decretação da nulidade do julgamento de 1ª Instância, determinando-se, nas notificações/intimações futuras, sejam incluídas as informações da sessão de julgamento na página de acompanhamento do processo, ou sua consecução via edital/intimação pessoal, sob

pena de nulidade.

Que em que pese o Conselho declarar-se incompetente para tratar de matéria de legalidade/constitucionalidade, o julgador faz questão de fazer sua análise de legalidade, defendendo o ilegal Decreto nº 8205/2002, com base na Lei nº 7980/2002, na parte que ultrapassa os limites da outorga legal, sem que tenha adotado a cautela regimentar que lhe cabia de remeter os autos à Procuradoria Geral do Estado para manifestação em parecer próprio. Em nenhum momento a Lei autoriza que o regulamento do DESENVOLVE legisle acerca do descredenciamento do contribuinte.

As normas que tratam de benefício fiscal devem ser interpretadas literalmente, assim como as normas que tratam sobre imposição de penalidades devem ser interpretadas a favor do contribuinte, conforme determina o artigo 112 do CTN. Não há como se fazer a cobrança do tributo passado sem descredenciar retroativamente a autuada, o que não é da competência da autoridade fiscal, mas sim do conselho deliberativo do DESENVOLVE.

Que a Lei nº 7980/2001, que institui o programa do DESENVOLVE, em momento algum autoriza a ação adotada pelo auditor fiscal autuante. Fazendo uma releitura da fundamentação da infração fica claro que o autuante excluiu a autuada do benefício do DESENVOLVE em determinado período relatado no auto de infração.

O artigo 9º da Lei nº 7980/2001 que versa sobre o cancelamento do benefício aduz que:

Art. 9º Implicará cancelamento da autorização para uso dos incentivos do Programa:

I - a ocorrência de infração que se caracterize como crime contra a ordem tributária.

II - inobservância de qualquer das exigências para a habilitação do estabelecimento ao Programa, durante o período.

Consoante se verifica, com clareza meridiana, o cancelamento do benefício somente pode ser operado em duas hipóteses, sendo a primeira na ocorrência de infração que se caracterize como crime contra a ordem tributária e a segunda a inobservância de qualquer das exigências para a habilitação do estabelecimento ao Programa, durante o período.

Ocorre que a autuada não se enquadra em quaisquer das duas hipóteses legais, que representam *numerus clausus*, por tratar-se de punição em matéria tributária, não podendo ter seus conceitos elastecidos como foi na presente autuação.

Vale ressaltar, para espancar qualquer centelha de dúvida, que o que se busca através dos presentes argumentos não é a declaração de inconstitucionalidade, mas sim a aplicabilidade da constituição em detrimento da norma evidentemente inconstitucional e o que parece ser aparentemente igual (declaração de inconstitucionalidade X aplicação da Constituição em detrimento da lei inferior) guarda uma diferença significativa que por si só autoriza os julgadores administrativos a aplicar a norma constitucional que garante ao contribuinte o direito consagrado de não ser suspenso do benefício DESENVOLVE, assegurando, com isso, o pleno exercício da ampla defesa.

Oportuno frisar que o § 2º, do artigo 19 do Decreto nº 8205/2002, determina que “*o cancelamento a que se reporta este artigo dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em parecer da Secretaria Executiva.*” No caso dos autos, o auditor autuante, afastando-se do que determina o dispositivo supramencionado, em seu juízo singular e sem submeter sua decisão a parecer da Secretaria Executiva para decisão pelo Conselho deliberativo do DESENVOLVE, ou seja, usurpando competência exclusiva de todo um CONSELHO, cancelou, por determinado período, o benefício DESENVOLVE da autuada.

Que as obrigações que competem à autuada foram devidamente delimitadas no protocolo de intenções onde constam como signatários a autuada e o Estado da Bahia. Ou seja, os “benefícios” concedidos à autuada na verdade não passam de uma CONTRAPARTIDA aos compromissos assumidos pela mesma, acima descritos, que vêm sendo fielmente cumpridos.

Ditos elementos dão conta de que não podendo o autuante cancelar o programa DESENVOLVE da autuada, nem que seja por um intervalo de tempo, seja porque a lei não lhe dá amparo, seja porque há um contrato de intenções firmado e uma contrapartida que vem sendo fielmente cumprida pela autuada, caindo por terra toda a presente infração e consigo seus respectivos acessórios.

Conforme reconhecido expressamente pelo auditor autuante, houve o pagamento com atraso da parcela não incentivada, o que implica em dizer que há reconhecimento expresso do pagamento integral, conforme consta dos sistemas da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Ora, a parcela não sujeita a dilação de prazo paga com atraso, antes do início do procedimento fiscal, enseja no mesmo que a DENÚNCIA ESPONTÂNEA e, portanto, encerra a discussão acerca do débito, conforme próprio entendimento jurisprudencial emanado do CONSEF/SEFAZ/BA.

A Autuada, desta forma, irresigna-se ainda com a cobrança escorchanter da multa fixada em 60% (sessenta por cento) do valor do crédito tributário atualizado. Quando a Constituição Federal de 1988, veda o emprego do confisco tributário (art. 150 - IV), na realidade ela está impedindo que todo e qualquer ente político, com poder de imposição fiscal emanado da mesma Carta, venha a cobrar: tributo, contribuições ou penalidades (multas), que tenham nítida e ostensivo caráter confiscatório.

No caso presente, o caráter confiscatório é facilmente vislumbrado quando o preposto fiscal impõe a autuada multa de 60% sobre o valor total do débito, perfazendo um valor total exorbitante que, hoje, nada condiz com a realidade econômica brasileira, propiciando enriquecimento ilícito, fato que o Direito abomina e repudia.

Aliás, o percentual de 60% aplicado no presente caso, de evidente erro na apuração por parte da autuada supera até as multas cominadas para as hipóteses de fraude fiscal, o que reforça seu efeito confiscatório.

Assim, diante de todo o exposto, e das demais provas documentais que serão oportunamente carreadas aos autos, é caso de ser julgado improcedente o presente auto de infração, medida que se apresenta como sendo da mais lídima justiça.

Por todo o exposto, contando com a sapiência das decisões emanadas deste Conselho, requer o acolhimento da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração, com base nos argumentos postos na impugnação, ora reiterados, ou, na remota hipótese da mesma ser ultrapassada, seja reformada a decisão de primeira instância, julgando por consequência, Totalmente Improcedente o Auto de Infração, dando-se inteiro provimento ao presente recurso, em qualquer dos casos autorizando a compensação com os créditos apontados pela recorrente nos presentes.

Requer, por fim, que todas as intimações/notificações sejam também endereçadas ao causídico signatário, sob pena de nulidade procedural.

Por tratar de matéria afeta ao CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, e em tendo havido flagrante USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA, devem os presentes autos ser submetidos a tal órgão para, em última instância, atendendo aos ditames legais, manifestar-se sobre o tema objeto da presente infração.

Às fls. 1.023, o processo foi convertido em diligência à INFRAZ de ORIGEM, com o seguinte propósito - o Recorrente pede pela revisão da primeira infração, pois alega que o autuante se equivocou ao caracterizar os CFOPS 1910, 1949, 2910, 2949, 5910, 5949 como “não passíveis de inclusão na parcela dilatável do Programa DESENVOLVE”. O autuante se baseou na Instrução Normativa SAT nº 27/2009, que tem o seguinte texto:

Os débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado (DNVP) são os decorrentes das seguintes operações:

(...)

2.1.23. Outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços - 5.900 e 6.900 (exceto dos códigos 5.910, 5.911, 6.910 e 6.911 quando os produtos estiverem vinculados aos investimentos constantes do projeto aprovado); (Redação dada ao subitem pela Instrução Normativa SAT nº 50, de 25.10.2010, DOE BA de

26.10.2010)

O Recorrente, na sessão de Julgamento do dia 09/05/2019, na 1^a CJF, argumentou que embora os CFOP acima estejam em regra, excluídos, há a ressalva de que podem sim, estar incluídos, desde quando vinculados aos investimentos. Apresentou extensa prova com notas fiscais do CFOP 5910, com itens como queijo ralado, leite em pó, farinha láctea, etc.

Não foi possível certificar na sessão de julgamento, com absoluta segurança quais itens a PRONTU COMÉRCIO DE ALIMENTOS fabrica sob incentivo. Assim, em busca da verdade material, e em obediência ao princípio da ampla defesa, a 1^a Câmara resolveu suspender o julgamento, e converter o processo em diligência, para a tomada das seguintes providências:

PELO AUTUANTE:

Verificar, a partir dos documentos anexados nas fls. 327/1021, e também o protocolo de intenções da empresa quando pleiteou o benefício (anexando cópia a este processo), quais produtos alimentícios pretendia fabricar para obtenção do benefício, e ainda, verifica se todos os produtos que saíram pelo CFOP 5910 são incentivados e são efetivamente fabricados no estabelecimento industrial; verificar então, a partir da própria documentação de entrada, se o Recorrente também não recebe as mesmas mercadorias de terceiros, ou de filial fora do estado, e neste caso, efetuar o cálculo mediante proporcionalidade entre o que é fabricado e o que é revendido, para obtenção da parcela dilatada.

Às fls. 1029, o autuante apresentou relatório da diligência. Diz que analisando a documentação, verificou que mesmo nas remessas de brindes, há duplicatas com vencimento e valor, o que leva a crer que o recorrente errou na natureza da operação, e com certeza os débitos destas operações estão vinculados ao projeto e devem ser excluídos.

Reconhece ainda que a Recorrente tem razão quanto aos CFOP 1910, 2910 e 5910 pois foram utilizados nas entradas e saídas de produtos vinculados aos investimentos, constantes do projeto aprovado pela resolução, fls. 327/1021, mas rejeita os CFOP 1949 e 5949, em obediência à Instrução Normativa SAT nº 27/2009.

O autuante, alterou os valores da infração 1 para R\$51.004,62, conforme demonstrativos anexados. O Recorrente se manifestou às fls. 1.059. Apresenta nota fiscal de bonificação concomitante com a nota de venda para o mesmo destinatário. Que com relação aos demais CFOP, ratifica todos os termos da peça impugnatória.

Se fez presente o advogado e contador na sessão de julgamento dos dias 08/07/2020, devidamente habilitado, Dr. Walter Ney Vita Sampaio e Sr. Marcelo Rocha Souza, sendo reagendado a sessão para o dia 20/07/2020.

VOTO

Trata o presente, julgamento de um Recurso de Ofício, em virtude de redução substancial do valor do lançamento inicial, e de Recurso Voluntário sobre o valor remanescente, pelo inconformismo do Recorrente, já que pede a revisão em diligência a preposto do fisco estranho ao feito, oitiva da PGE/PROFIS e do Conselho Deliberativo do Desenvolve, arguindo a nulidade do lançamento, e por fim, sendo superadas todas as preliminares, pela improcedência na questão suscitada no mérito.

Tais pedidos preliminares, a respeito de nulidades, foram feitos em Primeira Instância, e foram negados, já que os elementos necessários e suficientes ao julgamento estão presentes, tendo sido atendida inclusive parte do pleito do Recorrente e houve significativa redução do lançamento, objeto do Recurso de Ofício. Nesta Segunda Instância, também foi atendido ao pedido de diligência, sendo oferecida a mais ampla defesa ao contribuinte. Assim, denego o pedido de revisão fiscal.

Quanto ao pedido de encaminhamento à PGE, também não vejo dúvida jurídica em que se considere necessária a intervenção da Procuradoria, vez que a legislação está posta, e suficientemente clara, de forma que cabe a este Conselho de Fazenda, apreciar a defesa à luz da

legislação vigente e das próprias resoluções do DESENVOLVE, se o lançamento está correto ou não, não sendo necessária a apreciação da Procuradoria Fiscal.

Por fim, quanto ao último pedido preliminar, o de nulidade do lançamento, não há no processo quaisquer erros de ordem formal que acarretem a nulidade de todo o lançamento. Quanto a erros materiais que porventura justifiquem a nulidade de algum dos 3 itens do lançamento, serão devidamente apreciados na decisão de mérito. Negada a preliminar de nulidade.

Passo inicialmente ao Recurso Voluntário. Embora seja comum iniciar o voto quanto às razões de mérito, pelo Recurso de Ofício, pelos motivos que adiante serão esclarecidos, é preciso iniciar pelo Recurso Voluntário, e mais precisamente pela terceira infração, já que o Recurso de Ofício trata de superposições de lançamentos entre as 3 infrações.

O cerne da argumentação é que segundo o Recorrente, a Lei nº 7980/2001, que institui o programa do DESENVOLVE, em momento algum autoriza a ação adotada pelo auditor fiscal autuante e que, fazendo uma releitura da fundamentação da infração, fica claro que o autuante excluiu a autuada do benefício do DESENVOLVE em determinado período relatado no auto de infração.

Evidente que não estamos a tratar aqui da perda do benefício do DESENVOLVE, mediante ato de incompetência do autuante, já que o Recorrente permanece com o benefício e em momento algum, foi cassado, já que para isto, se requer o devido processo legal. Mas, o que o autuante fez, não foi retirar benefício, mas simplesmente aplicar a penalidade prevista na legislação do DESENVOLVE, conforme excerto abaixo:

Art. 9º-A. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, até o último dia útil do mês do vencimento, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês. Nota: O art. 9º-A foi acrescentado pela Lei nº 13.816, de 21/12/17,

Importante frisar, que o texto anterior a 21/12/2017, já aplicava a penalidade por qualquer dia de atraso, e com a alteração, ampliou-se para o último dia útil do mês do vencimento. Os fatos ocorreram entre 2011 e 2013, e assim, poderíamos em tese, retroceder no tempo, pelo princípio da retroatividade benigna da penalidade, com fundamento no art. 5º, inc. XXXVI da Constituição Federal que estabelece que em matéria penal a lei não retroagirá, exceto para beneficiar o réu.

Ainda na Constituição Federal, o art. 5º, XLVI, diz que a lei regulará a individualização da pena, e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação de liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

É certo que o não cumprimento do prazo, conforme estipulado pelo DESENVOLVE, implica em suspensão temporária de fruição do direito concedido no benefício fiscal. Assim, é possível caracterizar tal suspensão como penalidade à luz da Constituição Federal.

Por sua vez, o Código Tributário Nacional, em seu art.106, II estabelece que alei aplica-se a fato ou ato pretérito quando: a) deixa de defini-lo como infração; b) quando deixa de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento do imposto; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a lei vigente ao tempo de sua prática.

Ademais, este Conselho de Fazenda vem decidindo no sentido de se acatar a retroatividade benigna, advinda da alteração da legislação do DESENVOLVE, que ampliou para o último dia do mês, o recolhimento da parcela não dilatada, conforme ementa abaixo:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACORDÃO CJF Nº 0254-11/19

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. PAGAMENTO INTEMPESTIVO DA

PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO PARA RECOLHIMENTO. PERDA DO BENEFÍCIO.
Aplicação do art.106, II do CTN (Código Tributário Nacional), referente à retroatividade benigna, em se tratando de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO. Auto de Infração Improcedente. Decisão unânime.

O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador, mas é certo que apenas quanto ao mês de agosto de 2011, o pagamento ocorreu em 23/09/2011, ainda dentro do período estabelecido até o último dia útil do mês, conforme o demonstrativo de pagamento da fl. 134, comprovando que a parcela não incentivada, no valor de R\$12.503,95 foi paga em 23.09.2011, portanto dentro do prazo atualmente concedido, sem a aplicação da penalidade de exclusão do benefício neste mês.

Nos demais meses, os pagamentos ocorreram com longo atraso, e superior ao último dia útil do mês do vencimento. O voto recorrido manteve o valor originalmente lançado, de R\$1.423.845,64. Assim posto, acato a exclusão do lançamento do mês de agosto de 2011, mantendo os demais, reduzindo o lançamento original de R\$1.423.845,64 para R\$1.360.192,90.

Infração 03 parcialmente procedente.

Na infração 01, o Recorrente contesta o cálculo efetuado pelo autuante conforme a instrução normativa, e pleiteia uma revisão fiscal por preposto diverso, para certificar-se da natureza das operações e a título de exemplo, cita entre outros o CFOP 5.910 refere-se a “*Remessa em bonificação, doação ou brinde*”.

Mediante diligência, solicitada às fls. 1.023, o autuante diz que efetuou revisão e constatou os DANFE anexados, fls. 327/1021, que se tratam de remessas em bonificação doação ou brinde, com CFOP 5910, todos com destaque de ICMS, mas que consta nos DANFE, faturas/duplicatas com indicação de número, vencimento e valor.

Que nas remessas em bonificação, embora não incorra em ônus para o adquirente, pelos pagamentos deduz-se que são vendas, cujo CFOP é 5101, e que é certo que os débitos estão vinculados ao projeto aprovado.

Que reconhece em parte as alegações, no que tange aos CFOP 1910, 2910, 5910, mas rejeita os CFOP 1949, 5949, pois a Instrução Normativa nº 27/09, tais operações são excluídas das parcelas dilatáveis pois não estão autorizadas no projeto. Efetuou nova revisão fiscal, para o valor de R\$28.045,51 no exercício de 2011, R\$14.849,25 para 2012, e R\$8.109,86 para 2013, totalizando R\$51.004,62. Os demonstrativos estão em valores mensais, às fls. 1039, 1045, 1047.

O Recorrente apenas contesta o fato de que não houve erro na bonificação, e apresenta as notas de vendas, com as respectivas notas de bonificação, e com CFOP adequados. Contudo, ainda que o Recorrente esteja correto quanto ao CFOP utilizado, é certo que tais bonificações são contempladas no DESENVOLVE, pois estão de acordo com a instrução normativa:

Os débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado (DNVP) são os decorrentes das seguintes operações:

(...)

2.1.23. *Outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços - 5.900 e 6.900 (exceto dos códigos 5.910, 5.911, 6.910 e 6.911 quando os produtos estiverem vinculados aos investimentos constantes do projeto aprovado); (Redação dada ao subitem pela Instrução Normativa SAT nº 50, de 25.10.2010, DOE BA de 26.10.2010)*

Foi apresentado protocolo de intenções fls. 1032/36, que demonstra intenção de modernizar e ampliar parque industrial para fabricação de leite em pó, queijo ralado, soro de leite, milho de pipoca, amendoim, canjica de milho, grão de bico, mingau, risoto, etc.

Isto demonstra que os itens em bonificação se encaixam na exceção, pois os produtos estão no protocolo de intenções. Contudo, o Recorrente em sua manifestação apenas ratificou que tinha aplicado corretamente o CFOP, sem demonstrar erros por parte do autuante na diligência. Considerando os ajustes que o Relator fez na infração 1, e o resultado da diligência em Segunda

Instância, o demonstrativo fica reformado conforme abaixo:

INFRAÇÃO1	1A INSTÂNCIA	2A INSTÂNCIA
31/11/2011	370,42	0,00
30/06/2011	8.283,32	7.728,76
31/07/2011	14.696,40	14.281,18
31/10/2011	381,93	0,00
31/12/2011	7.431,49	6.034,58
28/02/2013	1.795,44	571,21
31/12/2013	6.213,42	6.427,00
TOTAL	39.172,42	35.042,73

Acolho o resultado da diligência efetuada. Infração 1 parcialmente procedente.

Quanto à infração 2, alega o Recorrente, que houve uma redução na ordem de 99,6772%, após comprovadas as alegações da Recorrente, reduzindo o auto de R\$651.928,22 para R\$2.104,44. Que assim, comprovou, que mesma fazia jus a um crédito no valor correspondente a R\$37.968,97, que deseja ver compensado com os supostos débitos lançados contra a mesma no presente auto, caso de fato algum débito persista, o que se aduz unicamente no campo das hipóteses.

Em verdade a expressiva redução da infração, não a desmoraliza, mas pelo contrário, fortalece o lançamento, no sentido de que este Conselho de Fazenda reconhece as razões do contribuinte quando este comprova não haver imposto a ser lançado.

As correções foram devidamente efetuadas pelo Relator, que excluiu imposto lançado, diga-se de passagem, por indução a erro do próprio Recorrente, que entregou apuração da EFD com graves erros, no que foi corrigido o lançamento por este Conselho de Fazenda.

Alega ainda, conforme demonstrativo à fl. 110, que em verdade teria pago valores maiores que os devidos no período, de agosto de 2011 a novembro de 2013. Contudo, tal levantamento em paralelo contradiz o procedimento do autuante, já que este executou o cálculo da parcela dilatável do ICMS e cobrou diferenças, sem que fossem comprovados erros de cálculo.

O Recorrente encontra parcela de pagamentos a maior a partir dos seus cálculos e não do que foi feito pelo autuante, que como demonstrado, difere do Recorrente, por este colocar operações não incentivadas como incentivadas.

Além disso, quanto a eventuais créditos, que eventualmente venham a ser comprovados, e que não tenham relação com erros de apuração do recorrente, nem apurados dentro do critério legal executado pelo autuante, é certo, que, não podem ser aproveitados para compensação neste auto de infração, devendo se for o caso se fazer restituição de indébito.

Mantida a decisão recorrida, conforme demonstrativo à fl. 278, no voto recorrido, no valor total de R\$2.104,44.

Infração 2 parcialmente procedente.

Passo então, ao Recurso de Ofício. As infrações 1, 2 e 3 apresentam interconexões, visto que a primeira cobrou diferença de ICMS por erro na determinação da parcela dilatável do DESENVOLVE, a segunda, desencontro entre o lançado e o recolhido, e na terceira, o autuante cobrou todo o ICMS (incluindo a parcela dilatável) por conta de recolhimento fora do prazo.

Evidentemente, o Relator *a quo*, percebeu que havia parcelas do ICMS que implicavam em superposição do lançamento das duas primeiras infrações com a infração 3, e visto que a partir do momento em que um mês em que se cobrou na terceira infração, lançou todo o imposto (incluído a parte dilatável, por conta de atraso no recolhimento) e simultaneamente, a diferença encontrada da parcela não dilatada da primeira, por conta de erro na apuração da parcela dilatada, estaria o imposto da primeira infração, embutido na terceira.

Assim, nos meses em que na terceira infração, foi lançado todo o imposto apurado, descabe quaisquer lançamentos nas infrações 2 e 3. Tomando-se como exemplo, o mês de Julho de 2012,

na infração 1, foi lançado o valor do ICMS não dilatado de R\$5.998,68 que deveria ter sido recolhido, mas no entanto, na terceira infração, todo o ICMS, dilatado e não dilatado, foi cobrado, no valor de R\$80.261,11. Logo, o valor lançado na infração 1, está dentro da 3.

Assim posto, não poderia remanescer a fração do ICMS não dilatado, conforme calculado na infração 1, sob pena de ocorrer o *bis in idem* na tributação. Por isto, o Relator fez as devidas e bem explicadas correções no seu voto, quanto a estas duas infrações (1 e 3).

Na infração 2, após o Relator fazer as exclusões que se somavam aos lançamentos da infração 3, meses de agosto/2011 de fevereiro a junho de 2012, e janeiro e maio de 2013, restaram alguns meses sem superposição, entre eles os meses de junho e julho de 2013, que concentram quase a totalidade do restante do lançamento, respectivamente R\$108.035,76 e R\$132.460,71.

Ocorre que neste caso, o autuante se baseou na escrituração digital, onde, de fato aparece o lançamento da apuração total do imposto, mas sem qualquer segregação da parcela dilatada, tendo todo o valor apurado, lançado como se não houvesse o benefício fiscal.

Observando-se a escrituração digital às fls. 73/77, pode se verificar que há débitos e créditos, que resultam em saldo devedor de ICMS, respectivamente de R\$118.326,13 e R\$157.913,50, tendo o autuante, simplesmente abatido destes valores, o correspondente ao recolhimento feito pelo Recorrente, com base na apuração do ICMS não dilatado.

Contudo se observa que nestes 2 meses, na linha “deduções” onde deveria estar o valor do imposto beneficiado pela dilatação de prazo permitida pelo DESENVOLVE, encontra-se ZERO.

Por esta razão, o Relator *a quo* desprezou tal diferença, e observo agora que nas DMA, no caso, do mês de Junho de 2013, à fl. 240, e julho, ausente a prova do processo, porém consultada no sistema da SEFAZ, o valor deduzido para apuração do imposto, conforme o benefício fiscal, aparece, respectivamente como R\$107.670,08 e R\$124.833,89. Tais valores também estão anexados pela defesa nas declarações da apuração do programa DESENVOLVE, às fls. 208/209.

Constatou pequenas diferenças nas entradas e saídas tributadas na escrituração digital e na DMA, por exemplo – créditos de R\$151.729,07 em junho de 2013, e na DMA aparece o valor de R\$151.931,19 e débito de R\$270.055,20 e R\$269.639,76.

O mês de julho não está com a DMA anexada ao processo, porém os débitos e créditos somam respectivamente de R\$305.467,49 e R\$155.280,81 enquanto na escrituração digital à fl.76, estão com os valores respectivos de R\$313.094,18 e R\$155.280,68 e na DMA R\$305.467,49 e R\$155.280,81, coincidindo apenas o valor a débito.

Mas é certo que nas DMA, aparecem os valores incentivados como deduções e o autuante sequer considerou o cálculo nestes meses, não sendo possível apurar com precisão qual o valor efetivamente devido.

Além disso, não cabe qualquer diligência sobre o assunto, pois se o autuante refizesse os cálculos do ICMS beneficiado e dilatado e encontrasse diferenças, não caberia corrigir neste item, mas na infração 1, o que violaria o devido processo legal. Assim, mantenho a exclusão destes 2 meses.

No entanto, o Relator *a quo*, retirou do lançamento o mês de agosto de 2011, em virtude de tal diferença encontrar-se embutida no lançamento do mesmo mês do item 3, mas como tal mês, no Recurso Voluntário, foi excluído do lançamento, por ter sido considerado que o pagamento em atraso, ocorrido ainda dentro do período estabelecido em lei posterior (último dia útil do mês do vencimento), restaurou o lançamento do mês de agosto de 2011, acabou por modificar a decisão recorrida, e assim, subsistindo o valor residual de R\$2.104,44 do julgamento de primo grau, foi acrescido de R\$1.132,97, totalizando R\$3.237,94.

INFRAÇÃO 2	1A INSTÂNCIA	2A INSTÂNCIA
31/08/2011	0,00	1.132,97
28/02/2013	983,91	983,91
31/03/2013	111,74	111,74

30/04/2013	397,06	397,06
30/09/2013	598,08	598,08
31/10/2013	4,24	4,24
30/11/2013	9,41	9,41
TOTAL	2.104,44	3.237,41

Recurso de Ofício PROVIDO PARCIALMENTE.

Quanto ao pedido de diminuição das multas por argumentos relativos ao caráter confiscatório, é preciso ressaltar que nos termos da Lei nº 7.014/96, as multas podem ter expressiva redução, a depender do momento do reconhecimento e pagamento do crédito tributário.

Além do mais, não compete a este Conselho de Fazenda, apreciar argumentos relativos à inconstitucionalidade de lei estadual, mas tão somente exercer o controle de legalidade face à legislação do ICMS estadual.

Assim, o montante do Auto de Infração fica com a seguinte configuração demonstrada na tabela abaixo:

INF	RESULTADO	VL. HISTÓRICO	VL. JULG-JJF	VL. JULG-CJF	MULTA
01	PROC.PARCIAL/PROV. PARCIAL	58.674,89	39.172,42	35.042,73	60%
02	PROC.PARCIAL/PROV. PARCIAL	651.928,22	2.104,44	3.237,41	60%
03	PROC.PARCIAL/PROV. PARCIAL	1.423.845,64	1.423.845,64	1.360.192,90	60%
	TOTAL	2.134.448,75	1.465.122,50	1.398.473,04	

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL dos Recursos de Ofício e Voluntário. Modificada a Decisão recorrida.

VOTO DISCORDANTE (Recursos de Ofício e Voluntário)

Peço vênia para divergir dos votos do nobre Relator em relação a ambos os Recursos, de Ofício e Voluntário.

Segundo o voto exarado, o Art. 9º-A da Lei nº 7.980/01, incluído pela Lei nº 13.816/17, deve retroagir para beneficiar o Autuado, embasado no Art. 106, II, "a" do CTN, ambos os dispositivos transcritos abaixo:

"Art. 9º-A - A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, até o último dia útil do mês do vencimento, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês."

"Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

...
II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...
b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;".

A regra questionada é relativa a um benefício sob condição, ou seja, para fruição do benefício, a dilatação da parcela incentivada, faz-se necessário cumprir a condição, que é efetuar o pagamento da parcela não sujeita à dilação de prazo no vencimento regulamentar, especificamente tratado no Art. 38 da Lei nº 7.014/96, transscrito abaixo:

"Art. 38. Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação."

Saliento que ficou comprovado nos autos que o Autuado não recolheu o imposto devido no correto vencimento, bem como não indicou qualquer equívoco no elemento quantitativo da autuação. Não há penalidade absurda em desfavor do Autuado, mas tão somente a aplicação das normas legais e regulamentares ao caso concreto.

A ideia de retroatividade do Art. 106 do CTN tem inspiração no Direito Penal, sendo que as alíneas que possibilitam a aplicação retroativa da norma tratam exclusivamente de infrações e punições,

não havendo retroatividade do tributo em si, sendo a lei aplicável sempre a vigente na data do fato gerador.

Destaco que não se aplica a denúncia espontânea ao benefício do Programa Desenvolve, pois o pagamento seria do imposto devido, que compreenderia o pagamento de 100% do imposto, ou seja, do imposto normal e postergado, pois as parcelas dilatadas e não dilatadas são ambos componentes da acepção “imposto devido”.

Portanto, ainda que o Autuado tenha recolhido o imposto da parcela não incentivada antes da ação fiscal, porém após a data de vencimento, resta caracterizada a condição para a não fruição do benefício da dilação do prazo de pagamento da parcela incentivada no respectivo mês.

Diversos julgamentos mais recentes deste CONSEF convergem com a posição aqui adotada, como pode ser verificado nos Acórdãos CJF nº 0104-12/14, 0087-12/18, 0091-11/18, 0293-11/18, 0327-11/18, 0151-12/19, 0177-12/19 e 0184-12/19.

Portanto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para manter a procedência integral da Infração 03, mantendo a exigência relativa ao mês de agosto de 2011, concordando com as demais alterações providas pelo nobre Relator. Em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a exclusão na Infração 02 do valor de R\$1.132,97, relativo ao mês de agosto de 2011.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** os Recursos de Ofício e Voluntário interpostos para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **140780.0002/15-4**, lavrado contra **PRONTU INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.398.473,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Recursos de Ofício e Voluntário) – Conselheiros(as): Ildemar José Landin, Carlos Henrique Jorge Gantois, José Raimundo Oliveira Pinho, Leila Barreto Nogueira Vilas Boas e Maurício Souza Passos.

VOTO DISCORDANTE (Recursos de Ofício e Voluntário) – Conselheiro: Marcelo Mattedi e Silva.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

MARCELO MATTEDE E SILVA - VOTO DISCORDANTE
(Recursos de Ofício e Voluntário)

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS